

Het schijngevecht over het rechtskarakter van de exploitatieverordening

Citation for published version (APA):

Nijholt, H. (1998). Het schijngevecht over het rechtskarakter van de exploitatieverordening. In E. C. H. J. van der Linden, R. J. G. H. Seerden, & R. J. N. Schlössels (Eds.), *Spectraal recht? : De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit* (pp. 163-189). Sdu Uitgevers. Juridische Reeks Universiteit Maastricht Vol. 1

Document status and date:

Published: 01/01/1998

Document Version:

Accepted author manuscript (Peer reviewed / editorial board version)

Please check the document version of this publication:

- A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
- The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
- The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

[Link to publication](#)

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Het schijngevecht over het rechtskarakter van de exploitatieverordening

Dr. H. Nijholt¹

1. Introductie

De bijdrage die u thans onder ogen heeft, is geschreven vanuit de opvatting dat eenzelfde (overheids)handelen in relatie tot verschillende rechtssubjecten tot verschillende (al dan niet beoogde) rechtsgevolgen kan leiden. In het verlengde van deze opvatting moet het zelfs mogelijk worden geacht, dat eenzelfde overheidsoptreden in relatie tot eenzelfde rechtssubject tot uiteenlopende (al dan niet beoogde) rechtsgevolgen leidt. Wij zouden dit 'spectrale' fenomeen in concreto willen illustreren op het terrein van het bouwrecht. Een van de boeiendste deelgebieden van het bouwrecht is zeker dat der overheidscontracten. In veel gevallen - zoals bij grondexploitatie, aanbesteding en aanneming van werken - maakt de overheid in haar relatie met de bouwparticipanten gebruik van modellen (respectievelijk de exploitatieverordening, het Uniforme aanbestedingsreglement en de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken). Steeds weer zal dan in de praktijk de vraag moeten worden beantwoord, of en in hoeverre dergelijke 'gestandaardiseerde overheidsafspraken' leiden tot gebondenheid van burgers.

Vanuit deze 'spectrale' optiek, wordt gepoogd een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van een rechtstheoretisch kader met betrekking tot de beantwoording van de vraag naar het rechtskarakter van de exploitatieverordening in art. 42 WRO (Wet op de Ruimtelijke Ordening). Volgens de wettekst is een exploitatieverordening:

'een verordening waarin de voorwaarden worden vastgelegd, waaronder de gemeente medewerking zal verlenen aan de exploitatie van gronden, die in de naaste toekomst voor bebouwing in aanmerking komen.'

De op art. 42 WRO gebaseerde exploitatie-overeenkomst is een van de wijzen waarop gemeenten exploitatiekosten op een eigenaar kan verhalen. De achtergrond van deze wettelijke regeling wordt als volgt door de Memorie van Toelichting² onder woorden gebracht:

'voorgesteld [wordt] exploitatieverordeningen (...) waarin het beleid met betrekking tot de overeenkomsten, die de gemeente met grondexploitanten pleegt af te sluiten, is vastgelegd - verplicht te stellen. Deze verordeningen

¹ Mr.dr. H. Nijholt is universitair docent aan de Universiteit Maastricht. Deze bijdrage is eerder verschenen in de bundel 'Spectraal recht? De bevoegdheidsuitoefening door de overheid als rechtsfeit (E.C.H.J. van der Linden c.s., red.), Juridische Reeks Universiteit Maastricht, 1998, nr. 1, p. 163-189.

² TK 1955-1956, 4233, nr. 3, 17 en 18.

verhogen de rechtszekerheid voor de grondeigenaren en kunnen de rechter tot steun zijn bij de berekening van de schadeloosstelling ter zake van onteigening van ruwe bouwgrond'.

Blijkens de literatuur zijn de meningen over het rechtskarakter van de exploitatieverordening nogal verdeeld. Wijting³ concludeert tot beleidsregels, zij het dat anders dan hiermee gewoonlijk wordt bedoeld, de vaststelling in casu berust op een wetgevende bevoegdheid, en niet op een bestuursbevoegdheid van het betrokken bestuursorgaan. Volgens Thunnissen gaat het hier 'niet om een "echte" verordening in die zin dat deze regels bevat die rechtstreeks bindend zijn voor burgers'. Het gaat zijn inziens om 'richtlijnen voor de tussen de gemeente en de grondexploitant te sluiten overeenkomst'⁴. In de eerste druk van 'Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Instrument en waarborg' in 1978 typeert De Haan⁵ de exploitatieverordening als:

'slechts instructienormen, zich richtende tot de overheid zelf, die bij het sluiten van deze overeenkomsten (exploitatie-overeenkomsten; HN) de wettelijke voorwaarden in acht moet nemen. Dit is een belangrijk verschil met dwingend recht dat rechtstreeks in de contractuele verhouding geldt, ongeacht wat er feitelijk is overeengekomen. Deze instructienormen gelden alleen, indien zij in de overeenkomst uitdrukkelijk van toepassing worden verklaard. Het zijn dus eigenlijk wettelijk geregelde standaardvoorwaarden' (cursivering onzerzijds).

Nadrukkelijk is deze benadering ook aanwezig in een ander handboek van dezelfde auteur⁶. Daar heet het, dat de exploitatieverordening voorschriften bevat, die in de eerste plaats de gemeente zelf binden. Het gaat om instructienormen, waaraan burgers geen rechten kunnen ontleen. Maar De Haan sluit kennelijk⁷ niet uit dat onder andere omstandigheden een ander rechtskarakter op de voorgrond kan treden, waar hij - in weer een ander handboek - (vanuit een andere invalshoek?) opmerkt dat de verordening niet veel meer inhoudt dan algemene voorwaarden voor het sluiten van contracten⁸. Ook Hennekens heeft zich uitgelaten over het rechtskarakter van de exploitatieverordening. Het zijn volgens deze auteur in ieder geval geen beleidsregels. Uit het begrip 'verordening' mag volgens hem niet zonder meer afgeleid worden dat het hier dús om wetgeving in materiële zin zou gaan. Bovendien verzet art. 107 Grondwet (het

³ W. Wijting, Verhaal van kosten en de exploitatieovereenkomst, BR 1989, 333, noot 12.

⁴ F.H.A.M. Thunnissen, Aspecten van particuliere en gemeentelijke exploitatie van bouwgrond, preadvies VBR, nr. 15, Deventer 1987, 76

⁵ P. de Haan et al., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Instrument en waarborg, Deventer 1978, 301. Dit standpunt wordt naderhand herhaald: vgl. P. de Haan et al., Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. Deel 2 Bestuurshandelingen en waarborgen, Deventer 1986, p. 88.

⁶ P. de Haan, Onroerend goed recht, deel b Stadsinrichting, Deventer 1984, 106.

⁷ Het moet als zeer onaannemelijk worden beschouwd, dat De Haan zonder uitvoerige motivering 'om' zou zijn gegaan.

⁸ P. de Haan et al., Bouwrecht in kort bestek, Deventer 1996, 152.

codificatie-artikel) zich ertegen, dat de gemeenteraad, behoudens uitdrukkelijke delegatie, privaatrechtelijke wetgeving zou kunnen vaststellen⁹. Zijns inziens dient men de exploitatieverordening te kwalificeren als (privaatrechtelijke) algemene voorwaarden¹⁰. Ook volgens Hijmans¹¹ wordt '[t]ot op heden de aard van de exploitatieverordening gezien als een stelsel van algemene voorwaarden, door de gemeente te gebruiken bij het sluiten van een rechtshandeling naar burgerlijk recht, met name een exploitatie-overeenkomst'.

Er bestaat met andere woorden nogal wat verwarring omtrent het 'precieze' rechtskarakter van de exploitatieverordening. Samengevat komt het wetenschappelijk discours er op neer, dat er wordt gestreden om de enig juiste kwalificatie van de exploitatieverordening. De onvermijdelijke en centrale vraag, in deze 'spectrale bundel', is dan: is het mogelijk dat alle genoemde auteurs ten dele het gelijk aan hun zijde hebben? Is het enig juiste antwoord niet, dat het er maar van af hangt vanuit welke invalshoek naar de exploitatieverordening wordt gekeken?

De discussie over het rechtskarakter van de exploitatieverordening is voornamelijk van belang voor de toetsing ervan als 'recht' in cassatie ex art. 99 Wet RO (Wet op de Rechterlijke Organisatie). Wat wordt nu als 'recht' in deze zin aangemerkt? Dat is vooreerst de wet. Onder 'wet' wordt door de Hoge Raad verstaan: naar buiten werkende, dus tot ieder gerichte, algemene regelingen, welke zijn uitgegaan van een openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe aan de wet, in de zin van een regeling door de wetgevende macht, ontleent¹². Daarnaast vallen ook de formele wetten onder het wetsbegrip. Nadat in 1963 de term 'wet' in art. 99 Wet RO werd vervangen door 'recht' kon de Hoge Raad ook wegens schending van ongeschreven recht gaan casseren¹³. Wanneer alleen wordt gelet op de tekst, lijkt het inderdaad voor de hand te liggen om de inhoud van de exploitatieverordening aan te duiden als algemene voorwaarden (in de zin van art. 6:231 sub a BW) voor het sluiten van exploitatie-overeenkomsten. Maar deze privaatrechtelijke benadering van door de overheid gehanteerde standaardcondities lijkt niet steeds te kunnen worden volgehouden¹⁴, met name niet als dergelijke voorwaarden in een wettelijk voorschrift zijn neergelegd, zoals bij voorbeeld in het geval van de uniforme aanbestedingsreglementen (UAR-en). Er is dus alle reden om de vanzelfsprekendheid waarmee overheidscontracten vanuit een privaatrechtelijk invalshoek worden benaderd eens aan een nader onderzoek te onderwerpen.

⁹ H.Ph.J.A.M. Hennekens, Gst 1996 (7030), 225.

¹⁰ 1996, 226.

¹¹ E.R. Hijmans, Kostenverhaal na het Uden-arrest een kostbaar verhaal, BR 1997, 101.

¹² Vgl. F.J. van Ommeren, De verplichting verankerd. De reikwijdte van het legaliteitsbeginsel en het materiële wetsbegrip, Deventer 1996, 35v. onder verwijzing naar het Rogge-arrest (NJ 1919, p. 650).

¹³ Uitvoering Van Ommeren 1996, 48v.

¹⁴ In die zin A.Q.C. Tak, De overheid in het burgerlijk recht, 's-Gravenhage, 1997, 277-278.

2. De exploitatieverordening in art. 42 WRO

Een lesje exploitatierecht

De Haan¹⁵ verstaat onder grondexploitatie: 'het bouwrijp maken van gronden in de zin van het door feitelijke en juridische maatregelen geschikt of beter geschikt maken van gronden voor bebouwing'. Feitelijk bouwrijp maken omvat allerlei technische maatregelen, waardoor ruwe bouwgrond tot bouwrijpe grond (bouwterrein) wordt. Te denken valt aan de aanleg van wegen, waterlopen, riolering, leidingen, groenvoorziening ed. Kortom openbare voorzieningen, met daarnaast werken die gericht zijn op de inrichting van het perceel zelf (ophoging, egalisatie, ontwatering en zonodig bodemsanering en verharding). Naast dit technische bouwrijp maken, spreekt met ook van het juridisch bouwrijp maken: dwz. vatbaar maken voor vergunningverlening.

De term 'exploitatie' duidt er op dat er ook belangrijke economische aspecten in het geding zijn. Grondexploitatie is in wezen het produceren van een op geld waardeerbaar goed, namelijk bouwrijpe grond, waarbij kosten en baten tegenover elkaar gesteld kunnen worden¹⁶. De Nederlandse wetgeving (art. 42 WRO) stelt de mogelijkheid van particuliere grondexploitatie voorop. Art. 42 WRO verplicht de gemeenteraad tot het vaststellen van een verordening waarin de (algemene) voorwaarden worden vastgelegd, waaronder de gemeente medewerking zal verlenen aan de exploitatie van gronden, die in de naaste toekomst voor bebouwing in aanmerking komen. Deze verordening behoeft de goedkeuring van Gedeputeerde Staten.

*Het arrest Van Lieshout/gemeente Uden*¹⁷

De gemeente Uden was bij 'voorlopige ruilovereenkomst' met de fam. Hurkmans overeengekomen, dat over en weer percelen zouden worden geruild. Krachtens deze ruilovereenkomst waren de gemeente en de familie Hurkmans verplicht om een exploitatie-overeenkomst aan te gaan, op grond waarvan de familie Hurkmans de gemeente fl. 25.000,- plus BTW verschuldigd zou zijn. Nog voor de overdracht aan Hurkmans, verkoopt Hurkmans aan Van Lieshout. Zij komen overeen dat Van Lieshout de exploitatiebijdrage zal betalen. Vervolgens weigert Van Lieshout de exploitatiebijdrage te voldoen: zij stelt zich op het standpunt dat de exploitatie-overeenkomst niet rechtsgeldig is wegens strijd met de voor een dergelijke overeenkomst geldende vereisten en wegens misbruik van omstandigheden. De rechtbank acht Van Lieshout niet ontvankelijk, omdat niet zij, maar alleen de familie Hurkmans bij een vonnis belang heeft. Na de uitspraak van de rechtbank neemt de zaak een andere wending. Hurkmans heeft inmiddels 'onder protest' de exploitatiebijdrage aan de gemeente betaald. De vordering (tot terugbetaling) is vervolgens door Hurkmans aan Van Lieshout gecedeerd. Van Lieshout vordert nu dit bedrag terug van de gemeente. Het Hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank.

Blijkens zijn conclusie is A-G Bloembergen van oordeel, dat de

¹⁵ 1996, 147.

¹⁶ De Haan 1996, 148.

¹⁷ HR 16 febr. 1996, AB 1996, 280 m.nt. ThGD, Jb 1996, 87 m.nt. HJS en RJNS.

exploitatieverordening zich tot de gemeente richt en niet rechtstreeks tot de burger (pt. 2.5). Dat neemt niet weg, dat de exploitatieverordening zijns inziens moet worden gekwalificeerd als een wettelijk voorschrift en als zodanig als 'recht' in de zin van art. 99 Wet RO.

Laten we nu eerst de Hoge Raad zelf aan het woord. Overwogen wordt (r.o. 3.5):

`Ingevolge art. 42 WRO is een gemeente verplicht een exploitatieverordening vast te stellen, welke onder meer voorschriften dient te bevatten omtrent het aandeel van de kosten van voorzieningen van openbaar nut, dat ten laste wordt gebracht van de gronden, die door deze voorzieningen worden gebaat en de wijze, waarop deze kosten over de genoemde gronden worden omgeslagen. In de memorie van toelichting bij de WRO is naar aanleiding van voormelde, (...) bepaling onder meer opgemerkt dat de - in het wetsontwerp verplicht gestelde - exploitatieverordeningen de rechtszekerheid voor de grondeigenaren verhogen (...). Het strookt met deze strekking aan te nemen dat, zo in een exploitatie-overeenkomst de bepalingen van de toepasselijke exploitatieverordening niet in acht zijn genomen, zulks tot gevolg heeft dat de gemeente haar in de exploitatie-overeenkomst neergelegde aanspraak op een financiële bijdrage niet geldend kan maken' (cursief dezerzijds).

De Hoge Raad doet de zaak zelf af: de vordering van Van Lieshout uit hoofde van onverschuldigde betaling is voor toewijzing vatbaar.

In zijn noot onder het arrest gaat Drupsteen in op het rechtskarakter van de exploitatieverordening. Hij schrijft:

`Naar de vorm gaat het om een publiekrechtelijke verordening, die echter naar haar inhoud geen algemeen verbindende voorschriften bevat. (...) Algemeen wordt aangenomen dat de verordening uit zichzelf geen bindende werking heeft tussen de gemeente en de particuliere grond- of bouwexploitant, maar dat deze binding pas voortvloeit uit de tussen hen gesloten exploitatie-overeenkomst'.

Toch is er wel iets meer aan de hand. Wij laten opnieuw Drupsteen aan het woord:

`De rechtszekerheid voor de burger wordt versterkt, wanneer hem niet alleen de zekerheid wordt geboden dat bij het voldoen aan de bepalingen van de exploitatieverordening medewerking van de gemeente gegarandeerd is, maar daarnaast dat deze medewerking ook alleen maar binnen het kader van de verordening kan worden verleend en dat daarbij niet ten nadele van de particulier van de bepalingen van de verordening kan worden afgeweken. (...) Hiermee verandert het karakter van de exploitatieverordening. Zij gaat nog steeds geen algemeen verbindende voorschriften inhouden, maar wel dwingende bepalingen, waarvan bij het sluiten van een exploitatie-overeenkomst niet ten nadele van de burger mag worden afgeweken. Ze komt daarmee qua karakter overeen

met het Uniform Aanbestedingsreglement (UAR) 1986 (...) en met de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV) 1989' (cursivering onzerzijds).

Beoordeling

Het arrest Van Lieshout/gemeente Uden heeft niet bijgedragen aan het opheffen van de blijkens de literatuur bestaande onzekerheid omtrent het rechtskarakter van de exploitatieverordening. Hennekens verwijt de Hoge Raad zelfs, dat deze 'de rechtszekerheid niet [bevordert] door zoveel onduidelijkheid te laten en zelfs te scheppen omtrent de kwalificatie van exploitatieverordeningen'. Zeker is dat de Hoge Raad in dit arrest niet klip en klaar de strijd van de concrete exploitatie-overeenkomst met de dwingende voorschriften in de verordening als strijd met een wettelijk voorschrift typeert. Betekent dit nu, dat de Hoge Raad blijft vasthouden aan de opvatting dat algemene voorwaarden niet behoren tot het recht (vgl. Hennekens)? Of heeft de Hoge Raad wel toetsbaarheid in cassatie aan willen nemen zonder evenwel in de lijn van Bloembergen uitdrukkelijk te overwegen, dat de exploitatieverordening een wettelijk voorschrift is?

De strijd tussen óf algemene voorwaarde óf wettelijk voorschrift gaat daarmee onverminderd voort. Of gaat het om een schijngevecht? Teneinde meer inzicht te verkrijgen in het rechtskarakter van de exploitatieverordening wordt hierna de aanwijzing van Drupsteen gevolgd, waar hij overeenkomsten wil aannemen met het rechtskarakter van het Uniform Aanbestedingsreglement (UAR) en met de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken (UAV).

3. Het rechtskarakter van het UAR

Een lesje aanbestedingsrecht

Het Uniforme Aanbestedingsreglement is het resultaat van overleg tussen de bouwministeries (VROM, V&W en Defensie) en de bouworganisaties. Het UAR regelt de aanbestedingsprocedure. Het gaat dan om de bekendmaking van de aanbesteding, de aanbestedingsvergadering, het openen van de inschrijvingsbiljetten, de bekendmaking van de eisen die betrekking hebben op de geschiktheid van de aannemer om het werk uit te voeren, de criteria voor de gunning en dergelijke. Het UAR is voor de praktijk van de aanbesteding van werken van zeer grote betekenis. Niet alleen doordat het gebruik ervan verplicht is voorgeschreven voor de rijksoverheid, maar ook omdat lagere overheden en particulieren er in de praktijk veelal gebruik van maken.

De verplichte toepassing van het UAR door de rijksoverheid is verankerd in wetgeving. De bevoegdheid tot aanbesteden van de rijksoverheid is gebaseerd op de Comptabiliteitswet¹⁸. Deze wet schrijft voor dat bij algemene maatregel van bestuur nadere voorschriften kunnen worden gegeven met betrekking tot de aanbesteding van werken door de Staat, publiekrechtelijke instellingen als bedoeld in art. 1, onder b richtlijn 93/37¹⁹ en

¹⁸ Stb. 1976, 671, laatstelijk gewijzigd bij Wet van 10 juli 1995, Stb. 375.

¹⁹ Richtlijn van 14 juni 1993, PbEG L 199.

privaatrechtelijke rechtspersonen, waaraan door de Staat een subsidie, lening of garantie wordt verstrekt. Deze algemene maatregel van bestuur is het Besluit aanbesteding van werken (BAW)²⁰. In artikel 6 BAW wordt vervolgens het Uniforme Aanbestedingsreglement 1986 (UAR 1986) van toepassing verklaard. Het UAR 1986 geldt voor aanbestedingen met een geraamde bouwsom tot 5 miljoen ECU. Voor grotere aanbestedingen geldt op grond van de Raamwet EEG-voorschriften aanbestedingen²¹ dat het Besluit overheidsaanbestedingen²² daarop van toepassing is. Voor dergelijke grote opdrachten verwijst het BAW naar het UAR-EG 1991²³. Hierna wordt voorbijgegaan aan de technische verschillen tussen het UAR 1986 en het UAR-EG 1991, en gemakshalve steeds in het algemeen gesproken over het UAR; de (proceduretechnische) verschillen zijn voor de beoordeling van het rechtskarakter van het UAR niet relevant.

*Het arrest Staat/Hasler*²⁴

De casus die de aanleiding vormde tot het arrest Staat/Hasler speelde zich af in de donkere dagen voor kerstmis 1982. Door gladheid op de wegen kwam de koerier van een der gegadigden, Haarlem BV, te laat om zich tijdig in te schrijven voor een aanbesteding door Rijkswaterstaat. Gelukkig had de koerier dit op tijd aan Haarlem BV weten te melden, waarop Haarlem BV aan de aanbesteder een telexbericht deed toekomen, met de mededeling van de vertraging en het verzoek dit bericht te accepteren als haar inschrijvingsbiljet. Deze telex werd nog bijtijds door de aanbesteder ontvangen. Het daarin genoemde inschrijfcijfer stemde overeen met het oorspronkelijke inschrijvingsbiljet. Volgens art. 20 UAR 1972 (oud) waren inschrijvingen, welke niet voldoen aan de in het reglement gestelde eisen, ongeldig, tenzij zij naar het oordeel van de opdrachtgever voldoende zekerheid verschaften omtrent de aanbieding en de persoon van de inschrijver. Volgens de aanbesteder was daarvan sprake. Nu Haarlem BV de laagste prijsaanbieding had gedaan, werd haar de opdracht gegund. Hasler betwiste deze gunning en vorderde in kort geding dat het werk zou worden gegund aan één der drie inschrijvers, waaronder zijzelf, die als zodanig in het proces-verbaal van aanbesteding stonden vermeld.

De Hoge Raad overwoog dat de gedetailleerde procedurevoorschriften in het UAR beogen de controleerbaarheid van de aanbestedingsprocedures te waarborgen. Deze controleerbaarheid vormt de noodzakelijke bescherming tegen het leuren, waardoor gegadigden tegen elkaar worden uitgespeeld. Tegen deze achtergrond achtte de Hoge Raad het noodzakelijk dat deze procedure-regels strikt worden toegepast. In dat verband overwoog de Hoge Raad (r.o. 3.3):

‘Als de in dit artikel (art. 43 Comptabiliteitswet; HN) bedoelde algemene maatregel van bestuur heeft te gelden het

²⁰ Besluit van 6 april 1973, Stb. 202, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 30 mei 1994, Stb. 379. Voor de actuele tekst van het BAW zie men Stb. 1994, 381.

²¹ Stb. 1993, 212.

²² Besluit van 4 juni 1993, Stb. 305, gewijzigd bij KB van 30 mei 1994, Stb. 379.

²³ Stcrt. 1991, 228, 12-20.

²⁴ HR 31 mei 1985, BR 1986, p. 788, NJ 1985, 648, AB 1985, 480 m.nt. FHvdB.

Besluit aanbesteding van werken 1973 (enz), hetwelk in artikel 7 bepaalt dat op de in dit besluit bedoelde wijze van aanbesteding door de Rijksoverheid - waaronder ook onderhandse aanbestedingen als de onderhavige zijn begrepen - het UAR van toepassing is. Dat het bij totstandkoming van genoemde wet inderdaad in de bedoeling heeft gelegen aldus dwingende regels met betrekking tot de aanbesteding van werken door de Rijksoverheid op te leggen, vindt bevestiging in de wetsgeschiedenis zoals weergegeven in de conclusie van het OM (cursivering onzerzijds). Een en ander leidt tot de slotsom dat het UAR is aan te merken als een naar buiten werkende, voor de Rijksoverheid en de bij haar aanbestedingen betrokkenen bindende, regeling, uitgegaan van het openbaar gezag, dat de bevoegdheid daartoe ontleent aan de wet.'

Deze kwalificatie van het aanbestedingsreglement lijkt te zijn ingegeven door de omschrijving van hetgeen in de literatuur verstaan wordt onder een ministeriële regeling. Een dergelijke regeling is een algemeen verbindend voorschrift, overigens van een wat geringer garnituur dan bij voorbeeld de algemene maatregel van bestuur doordat deze regeling krachtens een lichtere procedure tot stand komt: alleen de betrokken (bouw)ministers komen er aan te pas²⁵. Het aangehaalde citaat leidt de Hoge Raad tot de conclusie dat het UAR voor aanbestedingen op rijksniveau moet worden gerekend tot het recht in de zin van art. 99 Wet RO. Als wettelijk voorschrift geldt het UAR dan ipso iure: het geldt automatisch tussen de bij de aanbesteding betrokkenen, zonder dat de toepasselijkheid van het UAR nog afzonderlijk behoeft te worden overeengekomen²⁶.

Het rechtskarakter van het UAR; opvattingen

In de aanbestedingsrechtelijke literatuur wordt het UAR, wanneer het gaat om aanbestedingen door de rijksoverheid, getypeerd als een 'wettelijk voorschrift'²⁷ of als een 'standaardregeling' in de zin van art. 6:214 BW²⁸. Een standaardregeling is volgens Hartkamp²⁹ een wet in materiële zin en bevat regelend recht. Interessant in het licht van zijn conclusie voor het arrest Van

²⁵ H.D. van Wijk, Hoofdstukken van administratief recht, bewerkt door Willem Konijnenbelt en Ron van Male, Utrecht 1997, 248.

²⁶ Volgens M.A.M.C. van den Berg, Een faire kans, oratie RUL 1991, Deventer 1991, 22v. heeft het UAR op rijksniveau daarmee een 'status aparte'.

²⁷ J.W. van Nouhuys, Aspecten van aanbesteding, preadvies VBR, nr. 14, Deventer 1986, 14; Van den Berg 1991, 22.

²⁸ A.G.J. van Wassenae, Hoe de aanbesteding is geregeld. Een kwestie van vraag, aanbod en aanvaarding. Beschouwingen over de invloed van aanbestedingsprocedures op precontractuele verhoudingen en de contracteervrijheid, Reeks Studiekring Drion, Geschrift no. 9, Deventer 1990, 20. Hier zij aangetekend, dat noch materieel, noch formeel geheel aan de vereisten van art. 6:214 BW is voldaan. Het is overigens wel zo, dat in de literatuur gepleit is om het UAR als standaardregeling te doen vaststellen.

²⁹ Asser-Hartkamp II 1993, 353. Volgens Tak 1997, 280 is het civielrechtelijke karakter van deze figuur dubieus. Zijns inziens is er overigens nauwelijks verschil tussen wettelijke regelingen (van regelend recht) en standaardregelingen. Zie daarover diens discussie met Van Ommeren, NJB 1990, 708-709.

Lieshout/gem. Uden is, dat Bloembergen in 1976, met betrekking tot een ouder en inmiddels ingetrokken aanbestedingsreglement (UAR 1972), de opvatting was toegedaan, dat het daarbij ging om een intern beleidsvoorschrift dat de Staat in acht moest nemen bij het afsluiten van aannemingsovereenkomsten³⁰. Volgens Van der Vlies³¹ heeft het UAR betrekking op privaatrechtelijk handelen en zou als instructienorm kunnen worden gezien: doordat het overheidsbestuur openbare aanbestedingen uitschrijft wordt corruptie voorkomen. Dat er volgens de Hoge Raad toch sprake is van verbindendheid vloeit volgens haar voort uit de totstandkomingsgeschiedenis van het aanbestedingsreglement.

De wetshistorische overwegingen van de Hoge Raad in het arrest Staat/Hasler kunnen vanzelfsprekend niet worden gebezigd als grondslag voor de binding van bijvoorbeeld een gemeente aan het UAR. In dergelijke gevallen wordt het UAR in de literatuur beschouwd als een set algemene voorwaarden³² in de contractuele verhouding tussen de overheid en de aannemer, die op de aanbesteding inschrijft. Voorwaarde voor toepasbaarheid is dat deze algemene voorwaarden door de gemeente van toepassing worden verklaard en instemming daarmee van de kant van gegadigden³³. Het UAR vormt daardoor, volgens Van den Berg, een wonderlijke figuur. Afhankelijk van de hoedanigheid van de aanbesteder bindt dit reglement hetzij ipso iure, hetzij op grond van een afspraak daartoe van de bij een aanbesteding betrokkenen. Van Wassenaer³⁴ spreekt in dit verband van het kameleontische karakter van het UAR 1986:

'het is recht (in de zin van art. 99 Wet RO; HN), zolang het op grond van het BAW verplicht wordt toegepast, maar daarnaast en overigens bevat het vooral contractvormende standaardvoorwaarden'.

³⁰ A.R. Bloembergen, Overeenkomsten met de overheid in het bijzonder in de bouw, in A.R. Bloembergen en W.J. Slagter, Contracten met de overheid in het bijzonder in de bouw/Projectontwikkelingscontracten, Bouwrecht Monografiën nr. 3, Deventer 1976, 14, noot 25.

³¹ I.C. van der Vlies, annotatie bij het arrest-Staat/Hasler, RegelMaat 1986, 73.

³² Van den Berg 1991, 23v.; Van Nouhuys 1986, 46.

³³ Van den Berg 1991, 22. Vgl. art. 2 UAR 1986, met name lid 2. Dit artikel luidt als volgt:

1. Indien in de algemene bekendmaking of in de uitnodiging is vermeld dat de aanbesteding zal geschieden overeenkomstig deze regeling, zijn de bepalingen van deze regeling van toepassing voor zover daarin niet uitdrukkelijk in de bekendmaking, de uitnodiging, het bestek, de nota van inlichtingen of het proces-verbaal van aanwijzing is afgeweken.

2. Indien en voor zover toepassing is gegeven aan het eerste lid, wordt degene die tegenover de aanbesteder blijkt heeft gegeven voornemens te zijn op het werk in te schrijven of deel te nemen aan de selectie, geacht te hebben ingestemd met toepassing van deze regeling (cursivering dezerzijds).

Kritisch over art. 2, lid 2 UAR 1986 zijn Van Nouhuys 1986, 38, Van den Berg, Beraadslagingen over het preadvies van Mr. J.W. van Nouhuys, BR 1987, 92 en Slagter, Prijsregeling in de bouw, Preadvies VBR, nr. 14, Deventer 1986, 133.

³⁴ 1990, 20.

De typering van het UAR op gemeentelijk niveau als algemene voorwaarde past in de in rechtspraak en literatuur bestaande gewoonte om te kiezen voor een privaatrechtelijke insteek als het gaat om overheidsafspraken³⁵. Anders Van Ommeren³⁶. Hij schrijft:

`[d]it reglement geeft regels aan de overheidsinstanties zelf (zoals aan de hand van welke criteria aannemers moeten worden gekozen), maar legt niet rechtstreeks voorwaarden op aan de wederpartij. Het UAR behoort tot het recht in de zin van art. 99 RO'.

Beoordeling

Opvallend is, dat het UAR óf als wettelijk voorschrift óf als algemene voorwaarde wordt getypeerd. Elders hebben wij ervoor gepleit om het UAR op gemeentelijk niveau (ook) te typeren als een beleidsregel³⁷. Kennelijk is ook Van Ommeren deze opvatting toegedaan. De gemeente bindt in eerste instantie immers uitsluitend zichzelf: door in de bekendmaking of het bestek een verwijzing naar het UAR op te nemen, verplicht zij zich tot de naleving van de procedurevoorschriften. Vanzelfsprekend is instemming van de gegadigden niet vereist; die is uitsluitend vereist voor een concreet contract.

Wat betreft het rechtskarakter van het UAR is ons inziens derhalve bepalend in welke fase van de besluitvorming het reglement figureert. Enerzijds is er sprake van een bestuursbevoegdheid, die gericht is op het vaststellen van het beleid, waarin (op gemeentelijk niveau) beleidsregels dan een rol spelen. En anderzijds is er die bestuursbevoegdheid, welke is gericht op het uitvoeren van dat beleid in een contractuele relatie met de burger (en dat alleen als deze burger dat wil). Maar daarmee worden beleidsregels nog niet tot algemene voorwaarden. Publiekrechtelijk gezien is voor iedere bevoegdheidsuitoefening van de overheid een (specifieke) publiekrechtelijke bevoegdheidsgrondslag nodig, dus ook voor die bevoegdheidsuitoefeningen (rechtshandelingen) waarbij gebruik wordt gemaakt van contracten en algemene voorwaarden daarvoor. Aldus blijkt dat ook algemene voorwaarden gestalte geven aan een (vrije) overheidsbevoegdheid, waardoor zij publiekrechtelijk de status hebben (en houden) van wettelijk voorschrift, beleidsregel en dergelijke³⁸. Publiekrechtelijk ontlenen gehanteerde voorwaarden hun bindende kracht aan de uitgeoefende overheidsbevoegdheid³⁹:

³⁵ Hierover (cynisch) Willem Konijnenbelt, Het covenant als publiekrechtelijke overeenkomst, NJB 1993, 507-511.

³⁶ F.J. van Ommeren, Rechterlijke toetsing van algemene voorwaarden van de overheid, NJB 1990, 136.

³⁷ Deze opvatting ligt eveneens ten grondslag aan de uitspraak Abr 15 juli 1996, AB 1996, 424 m.nt. FM (ROA). Zie over het rechtskarakter van het UAR als beleidsregel: H. Nijholt, Op weg naar een bestuursrechtelijke normering van het gemeentelijk aanbestedingsbeleid in de bouw, Deventer 1996, 162, 180-183 onder verwijzing naar Bloembergen 1976, 13-14.

³⁸ Nijholt 1996, 162 en 177-182.

³⁹ Tak 1997, 283.

de verbindendheid blijft voor de lagere overheid volgen uit de eerder gekozen zelfbinding aan beleidsregels. Door aanvaarding daarvan raakt ook de burger - privaatrechtelijk - verbonden aan wat voor hem algemene voorwaarden zijn (met het daarop toepasselijke BW-regime). Zo bezien kan eenzelfde bestuursbevoegdheid in de verhouding tot de ene burger figureren als algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel, terwijl tegelijkertijd in andere rechtsverhoudingen het karakter van algemene voorwaarde domineert. Deze opvatting betekent dat eenzelfde bestuursbevoegdheid in de ene verhouding tot een burger slechts een feitelijke status (geen rechtsgevolgen) tot gevolg heeft, en - wanneer deze burger dat wil - ook een juridische (zelf)binding (met beoogd rechtsgevolg) kan ontstaan. Opmerkelijk is intussen, dat gelet op het verschil in de oorzaak van de binding (krachtens de wet of pas na aanvaarding van een aanbod), op rijksniveau in principe géén afwijking van het UAR (als algemeen verbindend voorschrift) mogelijk moet worden geacht, terwijl op het lagere overheidsniveau de contractsvrijheid kennelijk partijen toelaat om veel vrijer met de waarborgen van dit reglement om te gaan! Een onderscheid dat ons inziens niet gewenst is. Ook bij het UAR als beleidsregel doet zich dit probleem enigszins gevoelen, gezien de aan dat soort regels inherente afwijkingsbevoegdheid/-plicht.

4. Het rechtskarakter van de UAV

Een lesje aannemingsrecht

'De aanneming van werk werd in het oude BW stiefmoederlijk bejegend', aldus Van den Berg⁴⁰. Deze armoede is vooralsnog doorgeschoven naar Boek 7A. In art. 7A:1639 BW wordt de aannemingsovereenkomst omschreven als de overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich verbindt voor de andere partij, de aanbesteder, tegen een bepaalde prijs een bepaald bouwwerk van stoffelijke aard tot stand te brengen. Het ligt in de bedoeling te gelegener tijd een volwaardige wettelijke regeling in het BW op te nemen. De aannemingspraktijk is intussen al verder. Men weet zich in de bouw namelijk uitstekend te redden met behulp van standaardvoorwaarden die door de belanghebbenden zelf zijn ontwikkeld: de UAV, waarvan de eerste versie alweer dateert van 1968. De UAV zijn bedoeld voor die gevallen waarin de aannemer slechts optreedt als uitvoerder van het bouwplan van de opdrachtgever. De UAV worden breed toegepast. Niet alleen door het Rijk. Ook lagere overheden en particuliere opdrachtgevers maken er gebruik van⁴¹.

Het arrest Reco/Staat⁴²

Op 1 oktober 1980 is Van der Vliet Bouw- en Constructie Maatschappij (hierna: BCM) in staat van faillissement gesteld. Ten tijde van deze faillietverklaring was BCM als aannemer bezig met de uitvoering van een aannemingsovereenkomst betreffende gebouwen aan het Binnenhof te Den Haag. Hierbij werd voor steigers e.d. eigen materiaal van BCM gebruikt. Door het faillissement kwam de bouw aanvankelijk stil te liggen. De Staat

⁴⁰ De Haan, 1996, 273.

⁴¹ Uitgebreider in o.m. Asser-Thunnissen, nrs. 742-760.

⁴² HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613.

(als opdrachtgever) is echter overeenkomstig par. 46 lid 7 UAV het door de aannemer aangevoerde materieel blijven gebruiken tot het werk begin april 1982 klaar was⁴³. Inmiddels had de curator dit materiaal verkocht en longa manu geleverd aan Reco Handelsonderneming (hierna: Reco). Reco achtte het gebruik van het materiaal door de Staat onrechtmatig. De rechtbank was van oordeel dat de ontbinding van de aannemingsovereenkomst ex art. 37 Fw zich mede uitstrekke tot de bij die overeenkomst bedongen toepasselijkheid van de UAV. Het Hof was daarentegen van oordeel, dat de Staat tegenover Reco mede op grond van par. 46 lid 7 UAV een gratis gebruiksrecht had. Volgens het Hof had de curator tegenover de Staat namelijk het standpunt ingenomen dat de ontbinding ex art. 37 Fw geen beletsel was om het gebruik van het materiaal aan de Staat te laten.

In cassatie ging Reco er vanuit dat de UAV recht zijn in de zin van art. 99 Wet RO. Een positief oordeel van de Hoge Raad zou hebben betekend, dat de UAV in cassatie inhoudelijk zouden kunnen worden getoetst. A-G Biegman-Hartogh (pt. 3.4) merkte daarover op:

‘In het onderhavige geval echter is geen sprake, noch van het dwingend opleggen van een op de wet berustende regeling, noch van het toekennen aan bepaalde burgers van een recht jegens de Staat op een uitkering, maar gaat het om algemene voorwaarden, toepasselijk bij het sluiten van een aannemingsovereenkomst (...)’ (cursivering onzerzijds).

De Hoge Raad volgde deze conclusie⁴⁴. Overwogen werd:

‘Onderdeel 1 klaagt vooreerst over 's hofs uitleg van par. 46 lid 7 UAV. De klacht stuit af op het bepaalde in art. 99 Wet RO. De UAV behelzen immers slechts algemene voorwaarden welke de pp. op wier overeenkomst zij van toepassing zijn, niet binden krachtens de in de Ned. Staatscourant gepubliceerde ministeriële beschikking waarbij zij zijn vastgesteld maar doordat zij, kort gezegd, zijn overeengekomen’ (cursivering onzerzijds).

Met andere woorden: de wederzijdse binding vloeide eerst voort uit het contract, en nooit uit het besluit waarin de algemene voorwaarden zijn opgenomen. Deze uitspraak sluit aan op eerdere jurisprudentie, waaruit blijkt dat de Hoge Raad algemene voorwaarden, ook als die zijn opgenomen in een gemeentelijke verordening, niet beschouwt als recht in de zin van art. 99 Wet RO. Een voorbeeld daarvan vormt het arrest Electriciteitsverordening Vaals⁴⁵. Daar werd overwogen:

⁴³ Art. 46 lid 7 UAV 1968 luidde: ‘Ingeval de opdrachtgever overeenkomstig de bepalingen in deze paragraaf maatregelen ten dienste van het werk neemt dan wel het werk zelf voltooit of door derden doet voltooien, is hij gerechtigd daarbij van alle ter beschikking van de aannemer staande hulpmiddelen gebruik te maken of te doen maken’.

⁴⁴ Hennekens 1996, 226 wekt ten onrechte de indruk, dat het arrest Reco/Staat de jurisprudentie waarbij het UAR werd aangemerkt als ‘recht in de zin van art. 99 Wet RO’ opzij heeft gezet.

⁴⁵ HR 11 nov. 1960, NJ 1960, 559.

`dat deze Verordening "tot vaststelling van de voorwaarden voor het maken van aansluitingen en de levering van electriciteit door het Electriciteitsbedrijf der Gemeente Vaals" voor zover te dezen van belang tot inhoud heeft aanwijzingen, door de Gemeente opgesteld voor haar electriciteitsbedrijf, voorschrijvende op welke voorwaarden op aanvraag tot aansluiting en levering van electriciteit met gegadigden overeenkomsten tot stroomlevering zullen worden gesloten;

dat deze bepalingen derhalve slechts bestemd zijn om deel uit te maken van de door het Electriciteitsbedrijf van de Gemeente te sluiten stroomleveringscontracten en mitsdien niet zijn aan te merken als wet in de zin van art. 99 R.O.' (cursivering dezerzijds).

Met deze overweging nam de Hoge Raad afstand van de in het cassatiemiddel gehanteerde karakterisering van de Electriciteitsverordening als `wet'. Weliswaar is sprake van een verordening, maar dat heeft uitsluitend betrekking op het formele aspect. Naar zijn inhoud is de verordening geen algemeen verbindend voorschrift; dergelijke voorwaarden zijn bestemd om deel uit te maken van stroomleveringscontracten. In 1976 volgde een vergelijkbaar oordeel. Toen betrof het de uitleg van gemeentelijke erfpachtsvoorwaarden⁴⁶.

Het arrest Scheffers bouwmaterialen

De nieuwe beleidsregel-jurisprudentie⁴⁷, volgens welke beleidsregels worden gerekend tot het recht, bracht in deze rechtspraak geen verandering. De burgerlijke rechter kent thans aan gepubliceerde beleidsregels de status toe van "recht" in de zin van art. 99 Wet RO. Maar wat betreft de algemene voorwaarden houdt de Hoge Raad het been stijf, zoals nog bleek uit het arrest Scheffers bouwmaterialen⁴⁸. In zijn Conclusie voor laatstgenoemd arrest had A-G Koopmans zich uitgesproken tegen gelijkstelling van algemene voorwaarden (ic. de Algemene Voorwaarden voor de uitgifte in erfpacht van gronden der gemeente Utrecht) aan het recht ex art. 99 Wet RO. Zulks zou volgens hem leiden tot een onaanvaardbaar groot verschil tussen dergelijke algemene voorwaarden en algemene voorwaarden gehanteerd tussen particulieren. De Hoge Raad oordeelde dat gemeentelijke erfpachtsvoorwaarden hun verbindende kracht slechts ontleen aan de individuele overeenkomst waarin zij zijn opgenomen.

De reden waarom algemene voorwaarden volgens de Hoge Raad geen recht zijn in de zin van art. 99 Wet RO is dus, dat zij hun verbindende kracht ontleen aan de individuele overeenkomsten waarin zij worden opgenomen, en niet aan de regelgevende bevoegdheid van het orgaan dat die voorwaarden heeft vastge-

⁴⁶ HR 28 mei 1976, AB 1977, 14 m.nt. JRSt, NJ 1977, 499 m.nt. WHH.

⁴⁷ HR 28 maart 1990, AB 306 (Leidraad administratieve boeten 1984); HR 29 juni 1990, NJ 1991, 119 (Trakzel-Amsterdam) en HR 29 juni 1991, AB 561 (Vreemdelingencirculaire; Boadu). En recentelijk HR 28 juni 1996, JB 186 (Rolrichtlijnen) inzake rechterlijk beleid.

⁴⁸ HR 10 jan. 1992, AB 1992, 282 m.nt. FHvdB, NJ 1992, 670 m.nt. MS. Dit arrest kan rekenen op `unanieme kritiek', waarover Tak 1997, 282.

steld. Dit is niet anders als een van de partijen bij zulk een overeenkomst de overheid is.

Naar aanleiding van het arrest Scheffers bouwmaterialen merkte De Haan⁴⁹ op, dat, wanneer erfpachtsvoorwaarden bij een gemeentelijke verordening zouden worden vastgesteld, deze zijns inziens dan wel tot het recht ex art. 99 RO zouden behoren. Deze opvatting is te herleiden tot het door De Haan gehanteerde formele wetsbegrip.

Algemene voorwaarden: recht ex art. 99 Wet RO?

De (rechtspolitieke) wens om algemene voorwaarden tot het recht in de zin van art. 99 Wet RO te rekenen gaat al ver terug⁵⁰. In haar conclusie voor het arrest Reco/Staat⁵¹ merkte A-G Biegman-Hartogh op dat het verschil in cassatie tussen regels die wel, en regels die geen recht in de zin van art. 99 Wet RO vormen, bezig is iets van zijn scherpte te verliezen. Scheltema en Van der Burg⁵² wijzen er op, dat algemene voorwaarden van de overheid - o.i.v. publiekrechtelijke normen (zoals abbb) ook nu reeds - een andere betekenis hebben dan die van een particulier bedrijf. In dat verband wijzen zij op de functie van erfpachtvoorwaarden bij de overheid als 'Ersatz-gebruiksvoorschriften' en op de aparte normen (waaronder de a.b.b.b.'s) die de Hoge Raad zelf van toepassing acht op de erfpachtvoorwaarden van de overheid⁵³. Uit het gezichtspunt van rechtseenheid is het huns inziens wenselijk dan alle algemene voorwaarden (ook in niet overheidscontracten!) tot het recht in de zin van art. 99 Wet RO te rekenen.

Beoordeling

Een verklaring voor de hardnekkige opstelling van de Hoge Raad ten aanzien van de standaardvoorwaarden is volgens Tak⁵⁴ mogelijk het feit dat het wetsontwerp dat moest leiden tot wijziging in deze zin van de cassatiegronden nooit wet is geworden. In de Memorie van Toelichting bij de derde tranche van de Awb wordt echter afstand genomen van de hier geciteerde jurisprudentie⁵⁵. Daarmee lijkt er alle reden om aan te nemen, dat het niet lang meer zal duren, of de wens om door de overheid gehanteerde algemene voorwaarden tot het recht in de zin van art. 99 Wet RO te rekenen, zal in vervulling gaan. Toch past ons ook hier terughoudendheid, waar het gaat om de vanzelfsprekendheid waarmee ook op dit punt gekozen wordt voor de privaatrechtelijke benadering van standaardafspraken zijdens de overheid (vide onze opmerkingen omtrent het rechtskarakter van het UAR).

⁴⁹ De Haan, 1996, 191.

⁵⁰ Zie voor diverse 'oudere' vindplaatsen: F.J. van Ommeren, Door de overheid gehanteerde algemene voorwaarden en het recht in de zin van art. 99 Wet RO, NTB 91/2, 554. Zie eerder Van Ommeren 1990, 136.

⁵¹ HR 12 mei 1989, NJ 1989, 613.

⁵² Hun noten onder het arrest-Scheffers bouwmaterialen.

⁵³ Vgl. HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727 (Ikon/Amsterdam).

⁵⁴ 1997, 283 onder verwijzing naar E.H. Hondius, Standaardvoorwaarden. Rechtsvergelijkende beschouwingen over standaardisering van kontraktsbedingen en overheidstoezicht daarop, Deventer 1978, 514.

⁵⁵ Vgl. Kamerstukken 23 700, nr. 3, 112, waarover Tak 1997, 284.

Deze kwestie staat echter los van de vraag of de UAV naast hun karakter als algemene voorwaarden - bij voorbeeld in de verhouding tot een andere burger dan de contracterende - kunnen worden beschouwd als wettelijk voorschrift. Zien wij het juist, dan komt aan de woorden 'in het onderhavige geval' van A-G Biegman-Hartogh in haar conclusie (pt. 3.4) voor het arrest Reco/Staat aldus extra betekenis toe. Betekent dit, dat het volgens de A-G denkbaar is, dat de UAV in een ander geval eventueel wel tot het recht ex art. 99 Wet RO zouden zijn te rekenen? Zo was in het arrest Reco/Staat de vraag aan de orde naar de uitleg van een in een contractsverhouding toepasselijke bepaling uit de UAV. Maar dit hoeft nog niet uit te sluiten dat jegens anderen, bij voorbeeld in een soortgelijke casus als Van Lieshout/gem. Uden, de UAV heel wel als 'recht' zouden kunnen worden gekwalificeerd.

5. Dunne scheidslijnen!?

De afbakening tussen aan de ene kant algemeen verbindende voorschriften en beleidsregels als 'recht' in de zin van art. 99 Wet RO en aan de andere kant de algemene voorwaarden, die geen recht zijn, wordt in de literatuur als problematisch ervaren⁵⁶. Als voorbeeld noemen we reacties naar aanleiding van het arrest Welzijnsconvenant Rotterdam⁵⁷. De casus heeft betrekking op een conflict tussen Rotterdam en het Rijk over de uitvoering van de Algemene Welzijnsovereenkomst. Bij deze overeenkomst waren naast het Rijk de vier grote gemeenten betrokken. Ter uitvoering van deze overeenkomst zijn (beleids)regels (bv. de Financieringsregeling) ontworpen, die dan ook uitsluitend golden in de verhouding tussen het Rijk en die vier overige contractspartijen. De Hoge Raad overwoog (r.o. 5.1):

'Hier rijst in de eerste plaats de vraag of de Financieringsregeling dient te worden aangemerkt als "recht" in de zin van art. 99 Wet RO. (...). De financieringsregeling bevat immers voor zover hier van belang, door de minister van WVC vastgestelde en gelet op de aard van de regeling en degenen tot wie zij zich richt (de vier grote gemeenten) behoorlijk - immers via een brochure - bekend gemaakte regels omtrent de uitoefening van het beleid, die weliswaar niet kunnen gelden als algemeen verbindende voorschriften omdat zij niet krachtens enige wetgevende bevoegdheid zijn gegeven, maar die de minister wel op grond van in zijn verhouding tot de vier grote gemeenten geldende beginselen van behoorlijk bestuur binden en die zich naar inhoud en strekking ertoe lenen jegens de betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.'

Hoewel de kring van geadresseerden duidelijk gesloten was, beschouwde de Hoge Raad de Financieringsregeling als beleidsregels, en daarmee als recht in de zin van art. 99 Wet RO. Scheltema merkt dan op:

⁵⁶ In die zin Tak 1997, 283.

⁵⁷ HR 5 febr. 1993, NJ 1995, 716 m.nt. MS, AB 1993, 239 m.nt. FHvdB.

`De beslissing dat de financieringsregeling als recht moet worden beschouwd, sluit aan bij de daarover inmiddels gevestigde jurisprudentie. Het feit dat de regeling slechts vier geadresseerden had, deed daaraan niet af. (...) Men kan daardoor de vraag stellen of in dit licht de benadering van algemene erfpachtsvoorwaarden in NJ 1992, 670 (Gemeentelijke erfpachtsvoorwaarden; Scheffers bouwmaterialen) - geen recht in de zin van art. 99 - nog wel past'.

En annotator Van der Burg voegt daar aan toe:

`Dat de Financieringsregeling wordt beschouwd als recht roept wel enige vragen op. (...) Moeten we nu uit dit arrest concluderen dat voor het begrip recht de algemeenheidseis niet meer geldt? Is een regeling voor vier gemeenten nog wel algemeen? Waar ligt dan de grens? Zou een besluit van de rijksoverheid waarin wordt aangegeven onder welke voorwaarden zij bereid is een bepaalde instelling te subsidiëren, moeten worden aangemerkt als recht? Twijfelachtig'.

Tak⁵⁸ merkt naar aanleiding van het arrest Van Lieshout/gemeente Uden op, dat:

`[m]en toch al wel een heel bijzonder nuanceringsvermogen [moet] bezitten om een exploitatieverordening niet, en een uniform aanbestedingsreglement wel als wetgeving in materiële zin te kunnen beschouwen. Misschien zou zo'n verschil met a.g. Biegman-Hartogh kunnen worden gezocht in het al dan niet dwingend opleggen van een al dan niet op een wet berustende regeling'⁵⁹.

Wanneer we bovengenoemde suggestie van Tak (ver)volgen, is de volgende stap in ons onderzoek naar het rechtskarakter van de exploitatieverordening, dat wordt nagegaan of de kwalificatie van een standaardafpraak (exploitatieverordening, UAR en UAV), al dan niet als recht, verband houdt met de aard (dwingend of niet?) en de oorzaak (al dan niet op een wet berustende regeling?) van de verbindendheid van dergelijke afspraken. Dit leidt tot vragen zoals: wie is aan de standaardafpraak gebonden, hoe dwingend is deze verbindendheid en waarop berust de verbindendheid aan dergelijke afspraken? Drupsteens' parallel tussen het rechtskarakter van de exploitatieverordening, het UAR en de UAV doortrekkend, is het thans zaak te onderzoeken wat de precieze aard en oorzaak zijn van de verbindendheid van het UAR respectievelijk de UAV.

6. (Zelf)binding in soorten en maten; een hypothese

⁵⁸ 1997, 278-279.

⁵⁹ Een vergelijkbare veronderstelling wordt geuit door Van der Vlies 1986, 73, waar zij het arrest Staat/Hasler vergelijkt met het BKR-arrest (NJ 1981, 562). In het eerste geval merkt de Hoge Raad de regeling wel aan als 'recht', zonder dat er een wettelijke grondslag wordt vereist. Maar, zo vraagt zij zich af, waar zit dan het verschil in met het BKR-arrest. Misschien is dan juist weer wel de wettelijke grondslag van betekenis, aldus Van der Vlies.

Eerder bleek, dat het UAR afwisselend (onder meer) wordt gekwalificeerd als wettelijk voorschrift (op rijksniveau), als beleidsregel en als algemene voorwaarden (andere instanties); laatstgenoemde kwalificatie komt overeen met de karakterisering van de UAV. Hierna gaan we in op deze kwalificaties.

Wettelijk voorschrift

Wettelijke voorschriften zijn veelal recht in de zin van art. 99 Wet RO⁶⁰. Wat betreft het begrip 'wettelijk voorschrift' is de literatuur verdeeld in twee kampen: in het ene geval wordt het accent gelegd op de formele aspecten, en in het andere geval op de materiële aspecten. Dat voorschriften zich formeel aandienen als wettelijke voorschriften betekent nog niet dat zij als vanzelfsprekend gekwalificeerd worden als 'algemeen verbindende voorschriften'⁶¹. In deze bijdrage ligt het accent op de verbindendheid en daarmee op het materiële aspect. Met de begrippen 'wettelijk voorschrift' en 'standaardregeling' wordt dan bedoeld dat de regels naar hun inhoud algemeen verbindend zijn⁶². De vraag is dan: wanneer is er sprake van 'algemeen verbindendheid'. In de literatuur wordt er veelal vanuit gegaan, dat algemeen verbindende voorschriften zowel de overheid als de burger dwingend binden⁶³. Zo schrijft Tak⁶⁴ naar aanleiding van het arrest Staat/Hasler:

'Doordat, als uitdrukkelijk overwogen, ook bij de aanbesteding betrokken burgers gebonden worden geacht, lijkt zelfs geen sprake van een beleidsregel, maar van een algemeen verbindend voorschrift (wet in materiële zin)'.

Blijkens zijn hierboven geciteerde conclusie onder het arrest Van Lieshout/gem. Uden gaat ook Drupsteen er kennelijk vanuit, dat er alleen sprake is van algemeen verbindende voorschriften als ook de burger daaraan (dwingend) is gebonden. In die zin ook Van Ommeren⁶⁵.

Wat is de opvatting van de Hoge Raad in deze? Genoemd is al het arrest Staat/Hasler, waar uit de hierboven geciteerde rechtsoverweging (r.o. 3.3) blijkt dat de Hoge Raad het UAR aanmerkt als 'naar buiten werkende, voor de Rijksoverheid en de bij haar aanbesteding betrokkenen' dwingende regels. De Hoge Raad leidde zulks af uit de wetshistorie: de regeling was als bindend bedoeld en daarom een algemeen verbindend voorschrift. Deze binding van de 'betrokkenen' is in deze (!) casus echter weinig plausibel⁶⁶. Het UAR bevat immers voorschriften die aan de bouwministers zijn gericht omtrent de wijze waarop aanbestedingen moeten worden georganiseerd. Zou de Hoge Raad in Staat/Hasler de binding aan het UAR hebben beperkt tot het Rijk, dan zou zulks hebben betekend, dat ook op rijksniveau burgers

⁶⁰ Niet bij voorbeeld begrotingsvoorschriften.

⁶¹ In die zin Hennekens 1996, 225 en zijn kritiek op de conclusie van A-G Bloembergen.

⁶² In die zin Van Ommeren, 1996, 162-163.

⁶³ Voor literatuuroverzicht vergelijk men Van Ommeren 1996, m.n. Hoofdstuk 9.

⁶⁴ 1997, 277-278.

⁶⁵ 1996, 60.

⁶⁶ In die zin Van Nouhuys 1986, 49.

alleen aan het UAR gebonden zouden raken indien zij daarin zouden toestemmen. Het is wellicht deze consequentie geweest, die de Hoge Raad met de gehanteerde formulering heeft willen ontlopen. Overigens lijkt de Hoge Raad ook zonder dat burgers worden gebonden, wel aan te willen nemen, dat er sprake is van een samenstel van naar buiten werkende, voor de overheid bindende voorschriften. Zo is blijkens het Ennia-arrest⁶⁷ de Hoge Raad van oordeel dat de voorwaarden en bepalingen van naar buiten werkende, voor Rijk en gemeente bindende, voorschriften⁶⁸, die tot onderdeel zijn gemaakt van een borgtochtovereenkomst tussen een gemeente en een particuliere kredietgever, waarbij de gemeente een lening in verband met de verkrijging van een eigen woning garandeert, als onderdeel van de overeenkomst kunnen worden beschouwd als recht in de zin van art. 99 Wet RO, aangezien de algemene voorwaarden afkomstig waren uit een rijksregeling die aangemerkt werd als recht. In dat geval oordeelde de Hoge Raad dat (r.o. 3):

‘een gemeente die een garantie met betrekking tot zodanige lening verstrekt onder de voorwaarden en bepalingen van de onder 1 bedoelde bijlage (...) heeft krachtens artikel 16 onder 1 bedoelde Beschikking (...) jegens het Rijk aanspraak op de helft van het uit de garantie voortvloeiende verlies. Hieruit volgt dat de voorwaarden en bepalingen van voormelde bijlage behoren tot een samenstel van naar buiten werkende, voor het Rijk en gemeenten als betrokkenen bindende voorschriften, en dus als ‘recht’ in de zin van art. 99 voormelde wet zijn aan te merken’ (cursivering dezerzijds).

Deze binding vloeide met andere woorden reeds voort uit het algemeen verbindende voorschrift. Annotator Heemskerk schrijft:

‘In de omschrijving van ‘recht’ (wetgeving in materiële zin; HN) ontbreken de termen: ‘algemene’ en ‘tot ieder gerichte’. Voldoende is dat Rijk en gemeenten daardoor worden gebonden. Niet vereist is dat de regeling zich tot de burgers richt en hen bindt. Dit is een (...) verruiming van het wetsbegrip. De burgers zijn inderdaad aan de onderhavige voorschriften niet gebonden. Zij binden slechts zichzelf daaraan door het sluiten van een borgtochtovereenkomst met een gemeente, die de voorwaarden en bepalingen in de overeenkomst wil incorporeren. De minis-

⁶⁷ HR 20 maart 1981, NJ 1982, 183 m.nt. FHJM en WHH. Vgl. Bernd van der Meulen et al., Bestuursbevoegdheid als bron van recht?, NTB 91/5, 134: ‘In het Ennia-arrest wordt aan deze eis c. (een naar buiten werkende algemene, dus tot een ieder gerichte strekking; HN) aldus invulling gegeven dat genoegzaam wordt genomen met (naar buiten werkende, de betrokkenen in die zin bindende) voorschriften dat daardoor voor hen jegens de Staat een aanspraak ontstaat. Daarmee maakt de algemene, tot een ieder gerichte strekking plaats voor een bijzondere, slechts tot de Staat gerichte’.

⁶⁸ Bedoeld zijn de voorwaarden en bepalingen van een bijlage bij de Beschikking geldelijke steun eigen woningen 1968, welke was vastgesteld door de minister van VROM (ministeriële regeling, die berustte op een hogere wettelijke grondslag, nml. het Besluit geldelijke steun volkshuisvesting, een amvb die op zijn beurt weer steunde op art. 63 Woningwet).

teriële beschikking heeft in zoverre een reflexwerking in de richting van de burgers via een privaatrechtelijke overeenkomst tussen gemeente en burger. Maar pp. behouden vrijheid om al of niet te contracteren`.

Het voorafgaande leidt ons tot de volgende conclusie. Door het bestaan aan te nemen van naar buiten werkende, dwingende regels ook dan als slechts de overheid en niet ook de burger dwingend is gebonden, wordt duidelijk dat er in casu sprake is van een categorie `wettelijk voorschrift', die qua verbindendheid geplaatst moet worden tussen de algemeen verbindende voorschriften en de beleidsregels. En dat verklaart weer veel van de in de introductie gegeven kwalificaties die in de literatuur de ronde doen aangaande het rechtskarakter van de exploitatieverordening.

Beleidsregels

Onder een beleidsregel wordt volgens de derde Awb-tranche⁶⁹ verstaan:

`een bij besluit vastgestelde algemene regel, niet zijnde een algemeen verbindend voorschrift, omtrent de afweging van belangen, de vaststelling van feiten of de uitleg van wettelijke voorschriften bij het gebruik van een bevoegdheid van een bestuursorgaan' (art. 1:3, lid 4 ontwerp-Awb).

In een eerdere versie van hun handboek schreven Konijnenbelt en Van Male⁷⁰:

`Als de term Selbstbindung (...) ooit op een fenomeen van toepassing was, dan is het op beleidsregels: de beleidsregelaar verbindt zich aldus, te handelen overeenkomstig de gestelde regels(...); en als de `interne' regels bekend worden, wordt daarmee ook bij de burgers de quasi-zekerheid geschapen dat overeenkomstig deze regels zal worden bestuurd'.

Deze `zelfbinding' bestaat erin dat het bevoegde bestuur door het geven van beleidsregels gebruik maakt van aan hem toege-deelde keuzeruimte en alsdan aan die keuze kan worden gehouden. Waar de discretionaire bevoegdheid juist bedoeld is om per geval maatwerk te verrichten, betekent dit, dat de bevoegdheid (zelfs plicht) blijft bestaan om per individueel geval van de beleidsregel af te wijken. De aard van de gebondenheid aan een beleidsregel kan derhalve meebrengen dat het bestuursorgaan daarvan onder bepaalde omstandigheden kan of zelfs moet afwijken: de zogenaamde inherente afwijkingsbevoegdheid/-plicht. Anders dan algemeen verbindende voorschriften bewerkstelligen beleidsregels dus niet meer, maar ook niet minder, dan een bepaalde mate van gebondenheid van het bestuur aan de eigen beleidsregels (vgl. art. 4.4.5 ontwerp-Awb). Het rechtszekerheidsbeginsel creëert geen algemene aanspraken maar blijft betrekkelijk tot de aard van het bestuurlijk handelen:

⁶⁹ Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Derde tranche Algemene wet bestuursrecht), gewijzigd voorstel van wet, 1995-1996, EK 23 700.

⁷⁰ Van Wijk 1994, 275.

het beschikken in individuele gevallen⁷¹. In de grote meerderheid van de gevallen zal de beleidsregel echter zonder meer kunnen worden toegepast. Per geval zal evenwel moeten worden onderzocht of er bijzondere omstandigheden zijn die aanleiding kunnen vormen om van de algemene regel af te wijken. Dergelijke afwijkingen zullen geen regel kunnen zijn. Van Kreveld⁷² gaat er vanuit, dat niet alleen ten gunste van de betrokkene van de beleidsregel wordt afgeweken, maar - in uitzonderingsgevallen - ook ten nadele. De reden daarvoor kan gelegen zijn in de onevenredige benadeling van belangen van derden (art. 3.4 lid 2 Awb) of van algemene belangen. Concrete omstandigheden kunnen, ondanks een geslaagd beroep op het opgewekte vertrouwen derhalve, in een concreet geval de balans dan ten nadele van de betrokken burger doen doorslaan. Het kan noodzakelijk zijn aan deze betrokkene een schadevergoeding toe te kennen of anderszins tegemoet te komen, als deze handelend in goed vertrouwen op de beleidsregel, daardoor in een nadeliger positie is komen te verkeren.

Burgers zijn rechtens niet aan beleidsregels gebonden; wel kan er sprake zijn van een feitelijke werking, die erin bestaat dat burgers zullen anticiperen op beleidsregels.

De discussie over de wenselijkheid om gestandaardiseerde overheidscontracten tot het recht te rekenen werd in de afgelopen jaren gevoed door de (eerder vermelde) ontwikkelingen op het gebied van de jurisprudentie inzake beleidsregelgeving. Beleidsregels zijn inmiddels door de Hoge Raad onder bepaalde voorwaarden - en dus niet zoals de algemeen verbindende voorschriften per definitie - erkend als 'recht' in de zin van art. 99 Wet RO. Beleidsregels zijn volgens de Hoge Raad aan te merken als recht in de zin van art. 99 Wet RO, indien zij:

- a. door een bestuursorgaan binnen zijn bestuursbevoegdheid zijn vastgesteld. De bevoegdheid tot het vaststellen van beleidsregels berust op het hebben van de bestuursbevoegdheid waarop de beleidsregels betrekking hebben;
- b. betrekking hebben op de uitoefening van het beleid van dit bestuursorgaan;
- c. behoorlijk zijn bekendgemaakt (zoals door plaatsing in de Staatscourant of een ander vanwege de overheid algemeen verkrijgbaar publikatieblad). De eis van behoorlijke bekendmaking wordt in de literatuur niet gesteld. Ook een vaste (maar niet gepubliceerde) beleidslijn kan als beleidsregel worden opgevat, en daarmee mijns inziens ook als recht. In cassatie kan over schending daarvan echter niet worden geklaagd⁷³;
- d. het bestuursorgaan op grond van enig algemeen beginsel van behoorlijk bestuur binden. De grondslag voor de binding is principieel anders dan in het geval van de algemeen verbindende voorschriften. In de beleidsregelarresten wordt uitdrukkelijk overwogen dat beleidsregels geen algemeen verbindende voorschriften zijn, aangezien beleidsregels

⁷¹ Bernd van der Meulen et al. 1991, 133-134.

⁷² J.H. van Kreveld, Beleidsregels in het recht, diss. RUG, Deventer 1983, 226.

⁷³ Bernd van der Meulen et al. 1991, 134.

- niet op basis van enige wettelijke grondslag zijn gegeven maar het bestuursorgaan binden op grond van enig abbb, in het bijzonder het rechtszekerheidsbeginsel, en
- e. die zich naar hun inhoud en strekking ertoe lenen jegens de bij de desbetreffende regeling betrokkenen als rechtsregels te worden toegepast.
- Het is niet noodzakelijk dat alle bepalingen van een beleidsregel zich qua inhoud en strekking hiertoe lenen. In de literatuur wordt deze eis wel aangeduid als 'de externe werking' van beleidsregels⁷⁴.

Is aan deze vijf voorwaarden voldaan dan kan de rechter de handeling rechtstreeks toetsen aan de beleidsregel, zonder de omweg van de toetsing aan de a.b.b.b. (zoals het gelijkheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel).

Algemene voorwaarden

Algemene voorwaarden worden gebruikt bij het sluiten van overeenkomsten. Afdeling 6.5.3 BW bevat dwingend recht over de toepasselijkheid en de inhoud van algemene voorwaarden. De Afdeling is ook van toepassing op algemene voorwaarden die de overheid hanteert⁷⁵. Algemene voorwaarden worden in art. 6:231 BW omschreven als: een of meer schriftelijke bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen. Er zijn geen bijzondere formele (constitutieve) vereisten. Wel dienen betrokkenen ingevolge art. 6:233 sub b jo 6:234 BW de mogelijkheid te hebben gehad om van de algemene voorwaarden kennis te nemen, de zogeheten informatieplicht die op de gebruiker van de algemene voorwaarden rust.

Algemene voorwaarden hebben iets weg van (particuliere) wetgeving: voor de wederpartij is het slikken of stikken. Toch mogen algemene voorwaarden en algemeen verbindende voorschriften niet op een lijn worden gesteld. Algemene voorwaarden moeten de iure door de gebruiker van toepassing worden verklaard en de wederpartij moet ze accepteren. Verder kunnen algemene voorwaarden inhoudelijk worden getoetst (zie Afd. 6.5.3 BW), terwijl tegen algemeen verbindende voorschriften in beginsel⁷⁶ geen beroep openstaat. Deze inhoudelijke toetsing kan leiden tot een uitleg van de contractvoorwaarden, die afwijkt van de oorspronkelijke contractsinhoud. Afwijkingen van (dwingende) algemeen verbindende voorschriften is (in beginsel⁷⁷) daarentegen niet mogelijk.

Constance jurisprudentie is dat algemene voorwaarden - kort gezegd - binden doordat zij zijn overeengekomen. De wederzijdse binding vloeit eerst voort uit het contract, en nooit uit het algemeen verbindend voorschrift waarin de algemene voorwaarden

⁷⁴ Van Ommeren 1991, 55. Sectie bestuursrecht RL 1993, 56.

⁷⁵ TK 1981-1982, 16 983, nr. 3, 19 en 20 (Memorie van Toelichting) en EK 1986-1987, 16 983, nr. 76, 12.

⁷⁶ In beginsel: de burgerlijke rechter is bereid onder omstandigheden een wet in materiële zin buiten werking te stellen. Vgl. HR 16 mei 1986, AB 1986, 574 (Landbouwwerlieders). Zie voorts Overgangsartikel IVA Awb.

⁷⁷ Sectie bestuursrecht RL, Beleidsregels: gebruiksaanwijzing van bestuursbevoegdheid, RegelMaat 1993/2, 55.

zijn opgenomen. Daardoor kunnen zij niet worden beschouwd als recht in de zin van art. 99 Wet RO, ook niet als een van de partijen bij zulk een overeenkomst (steeds) de overheid is⁷⁸.

Hypothese

Gelet op het voorafgaande lijkt de volgende hypothese daarom verantwoord:

. algemeen verbindende voorschriften: krachtens wettelijk voorschrift dwingend verbindende regels voor de overheid en voor de burger. Dwingend wil zeggen, dat er (in beginsel) geen mogelijkheid tot afwijken van de normstelling bestaat;

. 'wettelijke (beleids)voorschriften' (vgl. Wijting⁷⁹, Drupsteen⁸⁰): krachtens wettelijk voorschrift dwingend verbindende regels voor (uitsluitend) de overheid. Ook hier bestaat er (in beginsel) geen mogelijkheid tot afwijken van de normstelling (tussencategorie). Deze voorschriften binden de burger niet;

. beleidsregels: de overheid zelf bindende regels met inherente afwijkingsbevoegdheid. De bevoegdheidsgrondslag voor het geven van beleidsregels is niet gelegen in de abbb, maar in de discretionaire bestuursbevoegdheid zelf: burgers zijn niet aan beleidsregels gebonden;

. algemene voorwaarden: zelfbinding van de burger. Dwingende regels die bestemd zijn om als contractsvoorwaarden te gaan functioneren. De achtergrond hiervoor is de contractsvrijheid: partijen zijn in beginsel vrij datgene overeen te komen wat zij willen. Wel moet hierbij worden aangetekend dat de contracterende overheid (soms) aan meer banden wordt gelegd dan een particulier⁸¹. Bij de beoordeling of bepaalde algemene voorwaarden onredelijk bezwarend zijn, vormt de omstandigheid dat het de overheid is die de algemene voorwaarden hanteert, een factor van betekenis⁸².

7. De hypothese toegepast

Het conflict tussen Van Lieshout en de gemeente had betrekking op het aspect van 'de beperking van (...) bestuursvrijheid'⁸³. De Hoge Raad komt (in de woorden van Drupsteen) op grond van een wetshistorische interpretatie tot het oordeel dat gemeenten niet zonder meer mogen afwijken van de haar dwingend opgelegde voorschriften in de (verplicht gestelde) exploitatieverordening. In dit geval hebben de voorschriften derhalve het karakter van (abstracte⁸⁴) normen. Volgens de hierboven ontwikkelde werkhypothese is dan sprake van 'wettelijke (beleids)voorschriften'. Ook de arresten Ennia en Staat/Hasler hadden betrekking op de publiekrechtelijke normering van het

⁷⁸ Vgl. HR 29 mei 1987, NJ 1988, 609, m.nt MS inzake een door de openbare rechtspersoon Bank van de Ned. Antillen 'als standaard gehanteerde voorwaarde'.

⁷⁹ 1989, 333.

⁸⁰ Diens noot in AB 1996, 280.

⁸¹ Vgl. art. 3:14 BW en HR 12 jan. 1990, NJ 1990, 766 (Staat/Appels).

⁸² Vgl. Van Ommeren 1990, 135.

⁸³ Tak 1997, 280.

⁸⁴ H.D. van Wijk, Hoofdstukken van Administratief recht, Groningen/'s-Gravenhage, 1972, 56-57, 66. Zie ook diens, De norm is per definitie abstract, Deventer 1971.

overheidsoptreden.

Niet aan de orde in deze arresten was 'het "aspect" van de belasting voor de wederpartij'. Dat was wel het geval in het arrest Reco/Staat: daar ging het om de uitleg (rechtswaardstelling) van de overeengekomen algemene voorwaarden (i.c. de uitleg van par. 46, lid 7 UAV). Hetzelfde kan worden gezegd van de arresten Electriciteitsverordening Vaals en Scheffers bouwmaterialen.

'Spectraal' doorredenerend is heel wel een casus à la Van Lieshout/gem. Uden voorstelbaar, waarin niet het aspect van 'de beperking van (...) bestuursvrijheid' centraal staat, maar de uitleg van een van de bepalingen in de (model)exploitatie-overeenkomst. Alsdan figureren de bepalingen uit de exploitatieverordening als algemene voorwaarden. Vanuit de overheid bezien gaat het dan nog steeds om dwingende wettelijke (beleids)voorschriften, waarvan niet mag worden afgeweken. Resteert de vraag welk recht op de rechtsverhouding tussen overheid en contractant toepasselijk is. Wat de contractuele relatie tussen burger en overheid betreft, blijft de oorzaak van gebondenheid aan de zijde van de overheid gelegen in de zelfbinding aan de beleidsregels. Aan de kant van de burger ontstaat binding door instemming met de toepasselijkheid van datzelfde regelcomplex op diens concrete rechtsverhouding met de overheid. Waar het hier niet gaat om een gewone privaatrechtelijke verhouding (op grond van wilsovereenstemming) zouden wij willen spreken van een publiekrechtelijk contract⁸⁵. Zoals de (procedure)regels inzake de beleidsvoorbereiding en -vaststelling voor de overheid zijn te vinden in de Awb (inzake beleidsregels), kunnen wat de uitvoering (de rechtsgevolgen) betreft BW-bepalingen uitkomst bieden. De Awb en het BW bieden de daarvoor vereiste schakelbepalingen. Ontstaan en inhoud van het overheidscontract liggen daarmee vast in hun bestuursrechtelijke (Awb-)ankers. Wat de rechtsgevolgen (uitvoering) betreft, zou aansluiting moeten worden gezocht bij een 'invullende' toepassing van burgerrechtelijke bepalingen uit het BW⁸⁶. Alleen 'onvoorziene omstandigheden welke van dien aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ongewijzigde instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten' kunnen nopen tot wijziging of beëindiging van het overheidscontract. Overigens alleen met behulp van de (bestuurs)rechter (vgl. art. 6:258 BW).

8. De Hoge Raad en de art. 99 Wet RO-jurisprudentie

(Abstracte) normen versus 'rechtswaardstelling in concreto'

De Hoge Raad is krachtens art. 99 Wet RO geroepen om rechtsvragen te beoordelen. Bij nader inzien blijkt het onderscheid tussen normstelling en rechtswaardstelling in concreto de rode

⁸⁵ Wellicht ware het publiekrechtelijk correcter niet te spreken van 'publiekrechtelijke overeenkomst'. Vanuit de overheid bezien gaat het om de eenzijdige rechtswaardstelling in concreto. Deze (dogmatische) consequentie heeft echter geen wortels in het Nederlandse recht, zodat wij willen blijven spreken van een (zij het publiekrechtelijk) contract.

⁸⁶ A.Q.C. Tak, Overheid en Burgerlijk Wetboek. Naar een invullende rechtsleer, Recht en Kritiek 1993, 174.

draad te zijn door de art. 99 Wet RO-jurisprudentie. Alleen wanneer sprake is van normen kan gesproken worden van recht in de hierbedoelde betekenis. Afgezien van twijfelgevallen, waar ook Van Wijk⁸⁷ op wijst, behoren vergunningsvoorschriften, maar ook contractsvoorwaarden, daarom niet tot het recht: het gaat daarbij immers uitsluitend om de rechtsvaststelling in concreto.

Net zoals hierboven is opgemerkt over het rechtskarakter van het UAR geldt ook meer in het algemeen dat voor het rechtskarakter van standaardafspraken bepalend is in welke fase van de besluitvorming dergelijke voorschriften figureren (en daarmee: wie daaraan is gebonden en waarop die verbindendheid berust). Gaat het om de ontwikkeling en vaststelling van beleid, waarbij de voorschriften beogen om het handelen van de overheid publiekrechtelijk te 'normeren', dan is er zeker sprake van 'recht'. Wanneer diezelfde voorschriften in de fase van de uitvoering deel uit gaan maken van de contractsinhoud, dan is er in de regel geen sprake van 'recht'. Het gaat dan immers om de 'rechtsvaststelling in concreto'. Voor de overheid blijft de (zelf)binding aan de voorschriften berusten op wettelijke voorschriften, beleidsregels en dergelijke. Vanuit het perspectief van de burger gaat het dan om algemene voorwaarden. De contractssluiting heeft dus niet tot gevolg dat beleidsregels tot algemene voorwaarden (ver)worden. Aldus kan eenzelfde bestuursbevoegdheid in de verhouding tot de ene burger figureren als algemeen verbindend voorschrift of beleidsregel, terwijl tegelijkertijd in een andere rechtsverhouding het karakter van algemene voorwaarde domineert.

Een spectraal 'ten slotte'

De (ook heden ten dage bestaande) wens om door de overheid gehanteerde algemene voorwaarden tot het recht te rekenen (in de slipstream van de erkenning van beleidsregels als recht) is - in het licht van het door van Wijk gehanteerde onderscheid tussen norm en de 'rechtsvaststelling in concreto' - principieel onterecht. De behoefte om dat toch te willen doen, valt ons inziens te verklaren uit de gangbare of/of-benadering (óf algemene voorwaarde óf niet), waarin louter rechtspolitieke argumenten de Hoge Raad ertoe zouden moeten verleiden ook algemene voorwaarden tot het recht te rekenen. Vanuit een 'spectrale' benadering van rechtsfeiten is er ook helemaal geen behoefte aan om algemene voorwaarden te rekenen tot het recht. Afhankelijk van de vraag vanuit welke invalshoek naar de toepasselijke voorschriften wordt gekeken, kan steeds een ander rechtskarakter daarvan voorop staan. Treedt het normatieve aspect voorop dan behoort toetsing in cassatie tot de mogelijkheden. Gaat het daarentegen louter om de rechtsvaststelling in concreto dan is zulks in beginsel uitgesloten. Wij zijn daarom van oordeel dat de Hoge Raad (ook) blijkens het arrest Van Lieshout/gem. Uden de discussie over de wenselijkheid om algemene voorwaarden in overheidsafspraken (niet) tot het recht te rekenen in de juiste publiekrechtelijke context plaatst.

⁸⁷

H.D. van Wijk, Hoofdstukken van Administratief recht, Groningen/'s-Gravenhage, 1972, 56-57, 66. Zie ook diens, De norm is per definitie abstract, Deventer 1971.

9. Conclusie

Aan het slot van ons onderzoek gekomen, roepen we in herinnering de conclusie van Drupsteen over het rechtskarakter van de exploitatieverordening. Zijns inziens komt de exploitatieverordening qua karakter overeen met het UAR en de UAV. Deze conclusie leek goed beschouwd niet bepaald voor de hand te liggen. Naar huidig recht beschouwt de Hoge Raad immers het UAR - anders dan de UAV - wel als recht in de zin van art. 99 Wet RO. Toch bevestigen de conclusies van ons onderzoek dat, afhankelijk van de gezichtshoek, overeenkomsten kunnen worden geconstateerd. Hoewel diens conclusie inzake het rechtskarakter van de exploitatieverordening dus niet erg voor de hand lag, blijkt Drupsteen - evenals De Haan⁸⁸ - bij nader inzien een 'spectralist' avant la lettre.

Wat betekent een en ander nu voor de rechtspraak? Als het onderscheid tussen normen en rechtsvaststelling in concreto inderdaad als een rode draad door de rechtspraak van de Hoge Raad loopt, is er werk aan de winkel voor cassatie-advocaten. Dat - bij voorbeeld - in het arrest Reco/Staat de UAV werden getypeerd als algemene voorwaarden sluit immers geenszins uit, dat in een andere rechtsverhouding de UAV wel 'recht' zijn in de zin van art. 99 Wet RO. Anders dan in het arrest Reco/Staat zou dan in het cassatiemiddel niet het contractuele aspect voorop moeten worden gesteld ('het "aspect" van de belasting voor de wederpartij'), maar zou 'de beperking van (...) bestuursvrijheid' centraal dienen te staan.

Net als bij de beleidsregeljurisprudentie zal er overigens vanuit moeten worden gegaan, dat rechters niet ambtshalve aan (bij voorbeeld) de UAV zullen willen toetsen. Dat is gelet op het al dan niet normatieve karakter dat in de casus-situatie zal worden toegekend aan de UAV ook niet gewenst.

⁸⁸

Het wil ons overigens vóórkomen dat het door De Haan gehanteerde formele wetsbegrip (vgl. hiervóór diens opmerkingen naar aanleiding van het arrest Scheffers bouwmaterialen) haaks staat op zijn 'spectrale' benadering van de aard van de exploitatieverordening. Immers, 'spectraliter' kan de exploitatieverordening wel én niet 'recht' zijn. Dit hangt niet af van de vorm: of voorschriften wel of niet bij verordening zijn vastgesteld.